

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia comentada

Poder general con cláusula de subsistencia anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021: comentario a la STS 5267/2024, de 11 de noviembre

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La STS 5267/2024, de 11 de noviembre aporta criterios claros respecto a la prevalencia de un poder con cláusula de subsistencia otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 junio, como medida voluntaria de apoyo. Su eficacia como tal medida ni se condiciona ni depende de posibles reconocimientos administrativos de discapacidad, que se dan en otros ámbitos y con otras finalidades, ni de su inscripción en el Registro civil, que es a los solos efectos de publicidad. El criterio de búsqueda de la verdad material, que ya presidía los antiguos procesos de incapacitación, y que se manifestaba en la limitación de algunos de los principios propios del proceso civil, como el dispositivo y de aportación de parte, parece traslucirse en la subsanación posterior de la omisión de entrevista, así como en la posibilidad de denegar ciertas pruebas sin que ello suponga indefensión. En este comentario se analizan también algunas de las consecuencias que se derivan de la no consideración del poder preventivo como medida de apoyo, opción legislativa tomada por la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

PALABRAS CLAVE

Poder preventivo; poder con cláusula de subsistencia; disposiciones transitorias de la Ley 8/2021, de 2 de junio; certificado de discapacidad; Registro civil; medidas de apoyo.

General power of attorney with subsistence clause prior to the entry into force of Law 8/2021: commentary on STS 5267/2024, of November 11

ABSTRACT

The Supreme Court ruling 5267/2024, 11 of November, provides clear criteria regarding the prevalence of a power of attorney with a subsistence clause granted before the entry into force of Law 8/2021, of 2 June, as a voluntary support measure. Its effectiveness as such a measure is neither conditioned by nor dependent on possible administrative recognition of disability, which occurs in other areas and for other purposes, nor on its registration in the Civil Register, which is for the sole purpose of publicity. The criterion of seeking the material truth, which already presided over the old incapacity proceedings, and which manifested itself in the limitation of some of the principles inherent to civil proceedings, such as the dispositive principle and the principle of party contribution, seems to be reflected in the subsequent rectification of the omission of an interview, as well as in the possibility of denying certain evidence without this implying a lack of defence. This commentary also analyses some of the consequences deriving from the non-consideration of the preventive power of attorney as a support measure, a legislative option taken by Law 3/2024, of 13 June, amending the Code of Foral Law of Aragon in matters of the legal capacity of persons.

KEYWORDS

Power of attorney; power of attorney with subsistence clause; transitional provisions of Law 8/2021 of 2 June; disability certificate; Civil Register; support measures.

SUMARIO: I. *Temática de la sentencia.*—II. *Exposición de los hechos.*—III. *Comentario de la sentencia:* 1. Sobre la subsanación de la ausencia de entrevista y sobre la denegación de pruebas: criterio de verdad material y desajustes entre calificaciones de la capacidad. 2. Publicidad registral del poder preventivo. 3. El Derecho transitorio en relación a los poderes preventivos y la suficiencia de los mismos como medida de apoyo: otras opciones al hilo del Código del Derecho Foral de Aragón y sus consecuencias.— *Bibliografía.*—*Jurisprudencia citada.*

I. TEMÁTICA DE LA SENTENCIA

La STS 5267/2024, de 11 de noviembre, analiza la necesidad de establecer medidas judiciales de apoyo, en concreto de una curatela, en un supuesto en el que la persona que las requiere había otorgado,

con anterioridad a la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, un poder general con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad. El sistema instaurado por esta Ley otorga clara preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, compatibles, no obstante, de forma complementaria o subsidiaria, con la provisión de medidas de apoyo judiciales. La Sala Primera del Tribunal Supremo aborda la relación entre estas medidas y sus consecuencias en el caso concreto, y al hilo de esta cuestión, cabe reflexionar sobre la eficacia de los poderes preventivos (puros o con cláusula de subsistencia) como medida de apoyo.

También se abordan los efectos de la inscripción de los mismos en el Registro civil, así como la posibilidad de subsanar por parte de la Audiencia –evitando la nulidad del proceso– la omisión en primera instancia de la entrevista a la persona con discapacidad, en lo que podría ser una nueva manifestación de la búsqueda de la verdad material que prima sobre la formal en este tipo de procesos.

II. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

D.^a Clara, con un leve deterioro cognitivo tipo alzheimer con afectación de sus capacidades intelectual y volitiva, pero que, de momento, le permiten expresar su voluntad, deseos y preferencias de forma libre, tiene tres hijos: Agapito, Mario y Tatiana.

El 15 de mayo de 2018 otorga un poder general a favor de su hijo Mario, y posteriormente (20 de abril de 2021) otro, también general, pero con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad, en favor nuevamente de Mario y también de Tatiana.

Ocho días más tarde del otorgamiento, Agapito, que –según lo que se refleja en la sentencia de la Audiencia Provincial que posteriormente se emitirá– desde hace años no tiene contacto con la madre, y al que esta había interpuesto una demanda de desahucio para recuperar uno de los dos inmuebles que le había cedido, interpone una demanda por la que solicita la declaración de incapacidad, y la constitución de una tutela: petición posteriormente modificada, tras la entrada en vigor durante la tramitación del procedimiento de la reforma en materia de discapacidad por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la que se solicita que se adopte una medida judicial de apoyo consistente en curatela y que se le designe para el cargo de curador.

En primera instancia se desestima la demanda, al entender que, puesto que el poder es una medida de apoyo de naturaleza volunta-

ría que en este caso se considera suficiente, y que deben respetarse los deseos y preferencias de D.^a Clara, ex artículo 255 CC.

Reurre Agapito en apelación alegando que la sentencia era contraria al principio de justicia rogada, al no haber adoptado medidas judiciales de apoyo sobre la base de que debían respetarse las preferencias de D.^a Clara, sin tener en cuenta que nada de ello había sido alegado por ella en su contestación: contestación, que más bien se basó en la ausencia de padecimiento cognitivo y en la ausencia de merma de sus facultades o habilidades; de hecho, el recurrente Agapito denuncia admisión extemporánea del poder preventivo, pues en ningún momento se alegó su existencia en la contestación y además no constaba inscrito en el Registro civil. Esto, en su opinión, no podía quedar salvado con la petición realizada por el Ministerio Fiscal pues, al no haberse realizado la entrevista judicial (cuya omisión, por ser prueba preceptiva ex artículo 759 LEC también se denuncia), no pudo constatarse si el referido poder era la voluntad o preferencia de D.^a Clara.

Además, el poder otorgado el 20 de abril de 2021 no se acomodaba a las exigencias de la Ley 8/2021 pues, tratándose de un poder con cláusula de subsistencia, debió establecer las medidas u órganos de control oportunos, las condiciones e instrucciones y las salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, lo que en el caso resultaba necesario, ante la, en su opinión, irregular gestión y disposición que venía haciendo su hermano Mario de los bienes de su madre.

El juzgador tampoco había valorado adecuadamente, denuncia, la nulidad del poder por encontrarse la capacidad de la demandada afectada por la enfermedad degenerativa que padecía desde, al menos, antes del 2019: alegación que consideraba tenía su reflejo en las conclusiones expuestas en el dictamen del Instituto de Medicina Legal elaborado apenas cuatro meses después del otorgamiento del poder. Destacaba también la trascendencia que, a su juicio, hubiera tenido la aportación a los autos de la resolución por la que se reconoció a la demandada una discapacidad física-psíquica-sensorial del 81%, así como los demás informes médicos y socio sanitarios, pues hubieran desvirtuado el juicio de capacidad que realizó el notario. Denuncia, asimismo, infracción de las normas procesales al no haberse admitido los medios de prueba que propuso en el acto de la vista (interrogatorio, testifical y documental) y los que había propuesto de forma anticipada a su celebración (requerimiento del historial médico completo de la demanda e informes sociosanitarios).

Por ello, estima, la sentencia debió haber establecido una curatela con las debidas salvaguardas y controles, que debía ser ejercida por él mismo, o por su hermano, o bien por los dos (su hermano

para el ámbito familiar y apoyo personal, y él mismo, para el ámbito patrimonial), con las salvaguardas establecidas en el artículo 277 y ss. CC.

La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 9 de octubre de 2023, confirmó la sentencia del juzgado, por las siguientes razones:

- se ha llevado a cabo la entrevista a la persona con discapacidad omitida en primera instancia;
- el poder no es nulo, pues subsiste (DT 3.^a Ley 8/2021) y la inscripción en el Registro civil es a los meros efectos de publicidad;
- que el poder se otorgara a instancias de los dos hijos apoderados no es manifestación de influencia indebida, sino respuesta a la necesidad de poder continuar haciéndose cargo de su madre en caso de que en el futuro empeorara o no estuviera bien, pues hubo un poder anterior otorgado por la madre a favor de Mario, pero se enteraron casualmente por una gestión en la notaría que no podría subsistir en caso de incapacidad o incapacitación;
- que D.^a Clara no parece haya sido, según su experiencia pasada, las declaraciones de la hija, y lo dicho en la entrevista, una persona fácilmente influenciable, y que, de hecho, el desempeño de la medida voluntaria se corresponde con sus deseos actuales, sin que se aprecie ningún perjuicio para ella de su ejercicio;
- en la esfera personal y de salud, el hijo Mario se viene ocupando de forma adecuada del cuidado y atención de la madre, mientras que el actor desde hace años no tiene contacto con la madre, y sus alegaciones sobre falta de cuidado son contradictorias con su petición de que una de las personas que puede asumir el cargo de curador para lo personal sea Mario y el propio Agapito para el ámbito patrimonial;
- en la esfera patrimonial, frente a las denuncias del actor-ape-lante de opacidad en la gestión patrimonial por el hijo que ya estaba apoderado con anterioridad, la Audiencia considera relevantes las manifestaciones de la hija, no solo por su cualificación profesional y su condición de empleada de una entidad financiera, sino también por estar al margen del conflicto entre los hermanos, considerando satisfactorias las explicaciones del destino de unos préstamos solicitados por la madre cuando tenía plena capacidad y sin que pusiera ninguna objeción a la gestión que realizaba su hermano Mario.

Apapito interpone recurso de casación al que se opone tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal, y que, como vamos a ver, va a ser íntegramente desestimado.

III. COMENTARIO DE LA SENTENCIA¹

El recurso de casación se fundamenta en tres motivos, relativos a infracción de normas sustantivas (Código civil y Ley de Registro civil) y procesales (Ley de enjuiciamiento civil), concurriendo, en todos los casos, interés casacional (art. 477.2 LEC). Coincido con De Amunátegui Rodríguez, quien, en su comentario sobre esta sentencia de Pleno –al que me remito–, elogia la impecabilidad, claridad y buena fundamentación de la misma², de modo que, aparentemente, poco habría que añadir y comentar respecto de un pronunciamiento judicial como este. No obstante, la lectura de la sentencia sugiere una serie de interesantes cuestiones *per relationem* sobre las que me parece que puede merecer la pena reflexionar.

1. SOBRE LA SUBSANACIÓN DE LA AUSENCIA DE ENTREVISTA Y LA DENEGACIÓN DE PRUEBAS: CRITERIO DE VERDAD MATERIAL Y DESAJUSTES ENTRE CALIFICACIONES DE LA CAPACIDAD

Se comienza con el análisis de la denunciada infracción procesal, en la medida en que, de estimarse, ello supondría la declaración de nulidad con retroacción de actuaciones u devolución al Juzgado o a la Audiencia Provincial (FJ Tercero). Como hemos dicho, se denuncia que el juzgado no realizó la entrevista a la persona que precisa apoyo y tampoco se admitió toda la prueba solicitada por la parte actora, concretamente unos informes periciales de una fecha anterior al momento en el que se presentó la demanda de incapacitación en la primera instancia (fundamentalmente, la documentación médica que sirvió de fundamento para la resolución administrativa del Gobierno de Canarias, por la que se reconoce una discapacidad del 81% y los informes emitidos para la valoración o reconocimiento de la dependencia).

El tema de la posible indefensión por denegación de pruebas ha sido analizado por la STC 106/2024, de 9 de septiembre, que, con un criterio flexible, considera que dicha denegación solo puede tener relevancia constitucional por provocar indefensión cuando habiendo sido solicitada en el momento y forma oportunas, no resultase

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID2023-153228NB-I00 «Nuevas vulnerabilidades: equilibrios y desequilibrios en el ordenamiento jurídico-privado (NVED)», IIPP: Sofía de Salas Murillo / M^a Victoria Mayor del Hoyo, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y ERDF/EU.

² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025 (consultada la versión online).

razonable y privase al solicitante de amparo de hechos decisivos para su pretensión, y aclara –y es lo pertinente en el caso concreto que ahora analizamos– que aun habiendo supuesto una irregularidad procesal, este no llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, si no existe o no se demuestra la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas. O, como añade la STC 148/2023, de 6 de noviembre, siempre que la prueba denegada o no practicada resultara «decisiva en términos de defensa, de suerte que, de haberse practicado la prueba omitida, la resolución final del proceso hubiese podido ser distinta en el sentido de resultar favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental», prueba que recae sobre el recurrente, que debe demostrar que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado.

Si el antiguo proceso de incapacitación se caracterizaba por la búsqueda de la verdad material, más allá de la formal, que determinaba la limitación de algunos de los principios propios del proceso civil, como el dispositivo y de aportación de parte, con prevalencia del de oficialidad de la acción e investigación de oficio (SSTS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989\1214), 12 de junio de 1989 (RJ 1989\4420), 20 de marzo de 1991 (RJ 1991\2266))³, es lógico que se aplique, si cabe con más razón, la citada doctrina constitucional a la subsanación de la práctica de las pruebas omitidas. Subsanación que, además, en el caso concreto, a juzgar por el contenido de la entrevista, no parece dejar mucho margen a la duda.

Cuestión distinta es el desconcierto que pueda causar –y del que en los procesos de este tipo suele tratar de aprovecharse cada interesado en el sentido que le conviene– la multiplicidad de procesos de evaluación de la capacidad, que continúa presente en el sistema y que, pese a que se ha tratado de solventar mediante algunas *pasarelas*, puede dar lugar a conflictos como el planteado en la sentencia. Es claro que las calificaciones obedecen a finalidades distintas: para empezar, en cuanto a la valoración judicial de la capacidad, su prisma ha cambiado radicalmente tras la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CNUDPD o Convención de Nueva York), porque no solo se ha abandonado el modelo médico rehabilitador, sino que, partiendo de la igual capacidad jurídica, la evaluación judicial busca determinar no qué actos limita, sino qué apoyos necesita una persona para el efectivo ejercicio de aquella: así se pone de relieve

³ Así, v.gr., la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculaba al tribunal, que no podía decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria (art. 752 LEC). Sobre el tema, SANCHO GARGALLO, 2000, p. 65.

en sentencias como la de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356) y 24 de septiembre de 2024 (JUR 2024/371236), que subrayan la independencia del juzgador en este punto, sin estar necesariamente vinculado a certificados administrativos o informes médicos. Y, probablemente, este sea el enfoque que la autoridad judicial adopte, no solo en los citados procesos de provisión de apoyos, sino también en los que se cuestiona la validez del negocio jurídico por falta de aptitud para entenderlo y quererlo, o para efectuar actos personalísimos. Cosa distinta es el estándar que aplicará el juez civil a efectos de apreciar la imputabilidad civil como presupuesto de la responsabilidad por daños, o el que utilicen los jueces de lo penal o de lo social en sus ámbitos respectivos. Por su parte, propia de la función notarial es la calificación de que de que los otorgantes o intervinientes, tienen capacidad y prestan libremente su consentimiento al otorgamiento del acto, que se adecua a su voluntad debidamente informada (art. 17 bis Ley Notarial).

En cualquier caso, en todos los escenarios, la valoración de la capacidad no se hace aisladamente, a la luz de la enfermedad o deficiencia⁴, sino siempre en la medida que ésta influya en la finalidad que se persigue, esto es, en la necesidad de apoyo, en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión (imputabilidad penal y civil), en la apreciación de la entidad del hecho a autorizar y sus consecuencias (juicio sobre la validez del acto por defecto de capacidad, autorización del documento público notarial, o de la intervención médica), en el efecto que las deficiencias tienen sobre la capacidad de la persona para realizar las llamadas actividades de la vida diaria (certificado de discapacidad), o en su capacidad para el desempeño de su profesión habitual o para cualquier tipo de trabajo (incapacidad laboral, según los tipos) o en la medida que les hagan depender de apoyos de terceros y de cara precisamente a diseñar de modo ajustado dicho plan de apoyo (dependencia). El modo y forma en que se realiza dicha valoración depende de factores variados, pero en gran medida, como digo, de las consecuencias que de la misma se deriven. En muchos de los casos, a enfermedad o deficiencia permanente o a largo plazo, corresponden respuestas que tienen ese mismo carácter (provisión de apoyos, dependencia, certificación administrativa de discapacidad), si bien nunca a perpetuidad, sino aplicables «*en el plazo más corto posible y ...sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, indepen-*

⁴ Por cierto que no debería haber problema en seguir utilizando este término de «deficiencias», toda vez que la propia Convención de Nueva York lo hace en la versión española en su artículo 1 (*impairments*, en la inglesa), eso sí, no de forma aislada sino en la medida en que estas interactúan con ciertas barreras.

diente e imparcial», y por supuesto, siempre «proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» (art. 12 CNUDPD). En otras ocasiones, se valoran además, situaciones transitorias o puntuales, dando relevancia jurídica, v.gr., a circunstancias transitorias de pérdida de conciencia; la respuesta es, cierto sentido también puntual (anulación del acto, autorización de determinada intervención), si bien, por supuesto, puede desplegar sus efectos en el tiempo (claro en una intervención médica y más aún en una sentencia penal que determine medidas de seguridad en lugar de una pena de prisión ordinaria, por ejemplo).

Pero donde quizá se manifiesten mayores divergencias (precisamente la sentencia que comentamos es un ejemplo de ello) es entre la sentencia judicial y la calificación administrativa del grado de discapacidad a efectos del acceso a beneficios, derechos económicos y servicios de organismos públicos, y, en su caso, con el Baremo de Valoración de la Dependencia, que otorga una puntuación según la dificultad para realizar actividades básicas de la vida diaria, entre otras. Y esto no es de poca importancia, pues la descripción del régimen normativo y de las interrelaciones que en él se detectan, ponen de manifiesto que, de una parte, el peso de la certificación de discapacidad hace que, si no todo el sistema de valoración de la (dis)capacidad, sí una decisiva parte, acabe dependiendo de una disposición reglamentaria, como es, actualmente, el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. La calificación administrativa de discapacidad se convierte, desde cierto punto de vista, en centro de gravedad porque es el punto de conexión en muchos casos: tanto es así que incluso, como es sabido, penetra en el ámbito privado mediante el concepto de persona con discapacidad utilizado por la Ley 41/2003. Advertido el legislador sobre la dificultad derivada de la dispersión de procedimientos, ha intentado facilitar, si no la coordinación, sí ciertas *pasarelas* entre las diversas calificaciones de la capacidad o discapacidad de la persona: así, como acabamos de ver, sigue vigente la utilidad de la certificación administrativa de discapacidad en el ámbito civil a través de la Ley 41/2003, como modo de acreditar la condición de discapacidad para poder constituir un patrimonio protegido; a su vez, está prevista una reforma normativa, en el sentido de, que reconocida una situación de dependencia, se obtenga también el reconocimiento de una discapacidad del 33%⁵. Pero quizá lo más reseñable, por estar pendiente de una

⁵ <https://www.dscg.gob.es/es/comunicacion/notas-prensa/aprobado-anteproyecto-reformar-leyes-dependencia-discapacidad-se>.

adecuada respuesta, es el valor de la sentencia de provisión de apoyos fuera del Derecho civil.

En efecto, ya las antiguas sentencias de incapacitación tenían utilidad en el ámbito del Derecho público, entendido sentido amplio, a efectos fiscales y de Seguridad social, pues equivalían a una calificación de la denominada entonces minusvalía (ahora discapacidad) en un grado del 65 %, cualquiera que fuese el régimen que proveyeran, incluso una curatela puntual. Así se dispone en el artículo 60.3 de la Ley 25/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Persona físicas, que sigue vigente formalmente, y que pone de manifiesto uno de los indeseables *efectos colaterales* de la Ley 8/2021 en materia tributaria, pues, al haber desaparecido la «*incapacidad declarada judicialmente*», a la que se sigue refiriendo el precepto, se ha planteado una suerte de vacío legal. La Agencia Tributaria ha hecho una interpretación tan estricta que solo admite esa equiparación o *pasarela* cuando se trata de una sentencia que impone un régimen de curatela representativa⁶. Y esto es todo un problema, porque al menos en principio, este tipo de medida está llamada a ser excepcional y *ultima ratio*, por lo que tal restricción es discutible, y sus efectos ya están siendo indeseados: por ejemplo, algunas familias no solicitan la revisión de la sentencia para adaptarla al nuevo régimen, precisamente para no perder esos beneficios fiscales, por si acaso los nombran curadores simplemente asistenciales, o les consideran guardadores de hecho.

Lo mismo puede decirse de los problemas en materia de Seguridad Social, que se han tratado de solucionar, mediante la Disposición adicional 25.^a de Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto actual dispone que «...se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos»⁷. La norma parece de muy difícil –cuando no imposible– aplicación porque hay actos para los que nunca habrá representación, como, por ejemplo, contraer matrimonio o votar.

Similares problemas se plantean con lo relativo a la prestación con hijo con discapacidad a cargo, como prestación no contributiva que se traduce en una asignación económica mensual, en función de la edad, grado de discapacidad y necesidad del concurso de otra

⁶ <https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ciudadanos-familias-personas-discapacidad/deducciones-personas-discapacidad/definicion-acreditacion-grado-discapacidad/acreditacion-grado-discapacidad.html>.

⁷ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), modificado en este punto por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

persona⁸. En revisión de sentencia, algunos padres que ejercían medidas similares a la tutela, han pasado a ser considerados como guardadores de hecho perdiendo esta prestación.

Todo lo expuesto no es sino una muestra de algunos de los problemas y desconciertos causados por el hecho de que, respecto a la situación de una misma persona, el sistema pueda dar respuestas bastante diferentes, como de hecho sucede en la sentencia que comentamos. Posiblemente no haya más remedio que aceptar esta situación, corrigiendo algunos desajustes que sí pueden y deben ser corregidos; en todo caso, por supuesto, el papel que los jueces tienen en cuanto a la apreciación de la necesidad de apoyos en ningún caso puede verse sustituido por meras declaraciones de carácter administrativo⁹, aunque en los procedimientos judiciales frecuentemente afloren estos contrastes.

2. PUBLICIDAD REGISTRAL DEL PODER PREVENTIVO

Con la finalidad de demostrar la falta de eficacia del poder otorgado a Mario y Tatiana, el recurrente Agapito aduce infracción de los artículos 260 y 300 CC, así como del artículo 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, por falta de inscripción del poder en éste, lo que hace, en su opinión, que el poder carezca de validez. La Sala Primera desestima con contundencia este segundo motivo, sobre la base de que la inscripción no tiene eficacia constitutiva, ni aun en el caso de las medidas judiciales, que han de ser necesariamente comunicadas al Registro civil, ex artículo 300 CC, y ni siquiera determina su inoponibilidad (art. 77 LRC), que por el juego de los artículos 72 y 73 LRC solo se condiciona a la inscripción en el caso de las medidas judiciales, no las voluntarias.

Aclarado esto, lo cierto es que el sistema de publicidad de las medidas de apoyo dista de ser un aspecto resuelto en la nueva normativa por dos problemas: el acceso al registro individual, incluso por parte de los funcionarios que por razón de su cargo debieran tener acceso, técnicamente sigue siendo problemático. Y, en segundo lugar, y aunque esto siga levantando polémica, lo limitado de la inscripción en el Registro de la propiedad puede provocar, en algunos casos, consecuencias de indefensión en la persona con discapacidad.

Como sabemos, el reflejo registral del conjunto de situaciones relacionadas con la discapacidad de las personas y la respuesta del ordenamiento jurídico ante las mismas, se ha visto notablemente afec-

⁸ Artículo 351 TRLGSS.

⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025.

tado, no solo por la reforma de la estructura y configuración del Registro civil, principal instrumento de publicidad de estas situaciones, sino por el vuelco jurídico dogmático producido tras la Ley 8/2021.

La centenaria estructura y organización del Registro civil (dividido en cuatro secciones y disperso por el territorio nacional) se ha transformado por completo con la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, que entró en vigor de modo completo el 30 de abril de 2021, si bien su implantación efectiva está siendo muy lenta¹⁰, y los funcionarios que por razón de su cargo estarían legitimados para tener acceso, ex artículo 8.2 LRC 2011¹¹ (v.gr. notarios, registradores)¹², de momento, difícilmente pueden hacerlo si no disponen de todos los datos de la persona en cuestión. Sea como fuere, la Ley de Registro civil, configura a este como registro de carácter electrónico y único para todo el país, y responde al sistema de folio personal, el cual contiene el registro individual de cada persona (art. 5 LRC), en el que figurarán, entre otras (art. 4 LRC): «10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad».

A la dificultad técnica y organizativa que supone la implantación efectiva de este sistema se suma la incidencia que sobre el mismo ha tenido la reforma operada por la Ley 8/2021, por el hecho de que los datos sobre se consideran datos especialmente protegidos y, en consecuencia, con publicidad restringida: «b) La discapacidad y las medidas de apoyo» (art. 83.1 LRC). Ello tiene como consecuencia que «Sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. «Las Administraciones

¹⁰ Así, por ejemplo, no ha sido hasta el 7 de abril de 2025 cuando ha empezado a estar operativo en determinadas oficinas consulares el modelo de Registro Civil electrónico DICIREG (Resolución de 13 de febrero de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerda la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática Dicireg en la Oficina Consular de La Habana, para su funcionamiento conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

¹¹ «Todas las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias tendrán acceso a los datos que consten en el Registro civil único con las excepciones establecidas relativas a los datos especialmente protegidos previstas en esta Ley. Dicho acceso se efectuará igualmente mediante procedimientos electrónicos con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente».

¹² DOMÍNGUEZ LUELMO, 2021, p. 361.

Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo» (art. 84 párr. 1.º LRC), lo que, como antes señalaba, no tiene aún un cauce de acceso fácil.

En cuanto al régimen de comunicación de las medidas de apoyo establecidas voluntariamente —«Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»— los artículos 4 y 77 LRC, disponen su inscripción en el Registro civil, al que el notario autorizante habrá «de oficio y sin dilación» comunicar su otorgamiento para su constancia en el registro individual del poderdante (arts. 255 y 260 CC), y al que el letrado de la Administración de Justicia acudirá para saber si existen medidas de apoyo suficientes, antes de plantearse el establecimiento de eventuales medidas judiciales¹³. Nada se dice respecto a su acceso al Registro de la Propiedad¹⁴, y, de hecho, el Libro único informatizado de situaciones de la persona, tal y como está previsto, no incorpora estos documentos públicos a los que se refiere el artículo 255 CC, por lo que parece que la única vía que tendría el registrador para conocer estas medidas —a unos efectos bastante limitados— sería el acceso directo a la ficha personal del Registro civil.

Cierto es que dichas medidas voluntarias no afectan ni limitan la capacidad jurídica de la persona interesada, por lo que, en principio, la ausencia de su reflejo en el Registro de la propiedad no debería plantear problema, dado que es la propia persona interesada quien las promueve y las hace valer; y cuando, precisamente, sea la situación de la persona la que le impide tomar la iniciativa necesaria para la activación o utilización de dichas medidas, el diseño de los poderes preventivos y de los poderes con cláusula de subsistencia, contiene los mecanismos de activación que necesariamente deben concurrir. No obstante, y en relación con el caso resuelto por la sentencia, es pensable que, dado que, para el Código civil, el poder preventivo

¹³ En este sentido, como afirma DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025, «aunque no lo diga así la sentencia, la inscripción en el Registro forma parte de las garantías que implica la aplicación de los principios de respeto a la autonomía de la persona y al cumplimiento del principio de necesidad y subsidiariedad pues así podrá conocer el juez el posible otorgamiento de medidas voluntarias que si funcionan adecuadamente no deberán permitir el establecimiento de medidas judiciales».

¹⁴ Ha sido este, y sigue siendo, un tema debatido, pues si bien en los negocios voluntarios la intervención notarial habrá velado por la concurrencia de las necesarias medidas de apoyo, determinadas situaciones de ejecución forzosa pueden poner a la persona con discapacidad en una situación de indefensión, dado que en el Registro de la propiedad no se tendrá noticia de la necesidad de estas medidas, si no han sido comunicadas por aquel a cuyo favor se hubieran constituido en el caso de las judiciales (art. 755.2 LEC), y con más razón, en el caso de las voluntarias.

es considerado como medida voluntaria de apoyo, la persona que lo otorgó, por sí misma, o por requerimiento al notario autorizante, solicite y obtenga su inscripción en el Libro de administración y disposición de bienes inmuebles. Constancia que, además, se podría considerar como una salvaguarda *registral* que tenga por fin garantizar la voluntad y preferencias de la persona (art. 258 CC), útil para calificar, por ejemplo, la suficiencia de la representación que alegue quien actúe con dicho poder, exigiendo, si es el caso, autorización judicial para determinados actos (cfr. art. 259 CC)¹⁵, y también para solicitar la inscripción de la revocación de un poder preventivo anterior cuyos datos deben reseñarse, incluso, en palabras de Delgado Ramos, «aunque ese poder revocado no constara previamente inscrito. De este modo la persona otorgante del poder se asegura, tras su revocación, de que el registrador la pueda tener en cuenta, y de este modo, calificar negativamente negocios otorgados por un exapoderado con poder ya revocado. No está previsto que el notario comunique, ni que el Registro civil inscriba, la revocación de tales poderes, que es el acto cuya oponibilidad a terceros más interesa al poderdante. Por tanto, la única vía que le queda de conseguir la oponibilidad registral de tal revocación es su constancia en el Registro de la propiedad». No parece defendible, argumenta este mismo autor, que pudiera pedirse y obtenerse la inscripción del poder preventivo en el folio real de las fincas del poderdante en el libro de inscripciones, «pues los poderes no son limitaciones a las facultades dispositivas del titular registral, ni cargas que pesen sobre sus fincas, ni nunca han sido materia inscribible en tal libro»¹⁶.

3. EL DERECHO TRANSITORIO EN RELACIÓN A LOS PODERES PREVENTIVOS Y LA SUFICIENCIA DE LOS MISMOS COMO MEDIDA DE APOYO: OTRAS OPCIONES AL HILO DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y SUS CONSECUENCIAS

Los defectos principales que el recurrente Agapito atribuye al poder son, aplicando un orden cronológico a su supuesta concurrencia:

1) Falta de capacidad en el momento de su otorgamiento, que determinaría su nulidad, «por encontrarse la capacidad de la

¹⁵ Sobre el complejo problema de la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas en los poderes preventivos y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, que genera un debate aún abierto, cfr. DE SALAS MURILLO, 2023.

¹⁶ DELGADO RAMOS, 2024.

demandada afectada por la enfermedad degenerativa que padecía desde, al menos, antes del 2019», lo que, a su entender, puede inferirse del dictamen del Instituto de Medicina Legal elaborado apenas cuatro meses después de dicho otorgamiento, así como por la «resolución por la que se reconoció a la demandada una discapacidad física-psíquica-sensorial del 81%, así como los demás informes médicos y socio sanitarios» también del año 2019.

Recordemos que el poder general ordinario otorgado a su hijo Mario era de fecha 15 de mayo de 2018, el cual, al parecer, había funcionado a plena satisfacción de todas las partes implicadas (salvo para el apelante) y que el otorgamiento de su, digamos, renovación, el 20 de abril de 2021, en favor de ese hijo, añadiendo a su otra hija, Tatiana, añadió la cláusula de subsistencia, porque se «se enteraron casualmente por una gestión en la notaría que no podría subsistir en caso de incapacidad o incapacitación», pero que, según se manifiesta en el FJ 1.º, corresponde con sus deseos actuales. No entra aquí en detalle la sentencia, sino que la Sala Primera parece asumir la línea, ya anterior a la reforma de la Ley 8/2021, de que un dictamen médico retrospectivo no puede destruir la presunción de capacidad que es regla general en nuestro Derecho, máxime si existen otros elementos que permiten sostenerla¹⁷, como sucede en este caso; postura que se refuerza por el papel de apoyo institucional que el notario presta en el nuevo régimen, que supone que el juicio notarial de capacidad jurídica no solo comporta una enérgica presunción, sino que para «destruirla será necesario probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad, ni aún con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos, el prestado por el propio notario. Todo ello lleva a pensar que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum*, pero muy cualificada»¹⁸.

2) Un segundo defecto aducido por el recurrente es que el poder con cláusula de subsistencia no contenía «medidas u órganos de control oportunos, las condiciones e instrucciones y las salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, lo que en el caso resultaba necesario ante la irregular gestión y disposición que venía haciendo su hermano Mario de los bienes de su madre, razón por la que invocaba los artículos 258 y 249 CC».

Es cierto que, por tratarse de un poder con cláusula de subsistencia otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 está

¹⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 461.

¹⁸ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2022.

sujeto a la Disposición Transitoria 3.^a, según la cual «Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta», y es claro que no se le aplica lo relativo a la necesidad de fianza, inventario, o, en su caso, autorización judicial, porque así lo excluye expresamente la Disposición transitoria, al declarar los artículos 284 a 290 inaplicables a los poderes generales con cláusula de subsistencia otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Sin embargo, nada se dice expresamente en dicha disposición respecto a la presencia de estas cláusulas de control, aunque es claro que, no solo a todo poder, sino a toda medida de apoyo se aplican los principios de la Convención de Nueva York, inspiradora de la reforma, que vela para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, si bien esta finalidad no se puede buscar traducida expresamente en cláusulas insertas en el propio poder, no exigibles a posteriori. Es muy interesante en este punto el pronunciamiento de la Sala Primera, que aclara que el nuevo régimen legal «no somete tales poderes a controles que no estaban previstos legalmente cuando se otorgó el poder y que ahora pueden ser excluidos voluntariamente por quienes otorgan poderes conforme a la nueva ley», pero que «En todo caso, quedan sujetos, como ya hemos dicho, al control judicial que resulta de lo previsto en el último párrafo del 249, en el último párrafo del artículo 258 CC, en el artículo 1732.5.º CC, en el artículo 762 LEC y en el artículo 1720 CC», control que, de hecho, se hace con ocasión del proceso, y que, como antes decía, ha de estar necesariamente presente como posibilidad, pues responde a los postulados de la Convención. En cualquier caso, tampoco este motivo permite dejar sin efecto el poder.

3) El recurrente entiende que otro defecto es la falta de suficiencia como medida de apoyo del poder otorgado porque, en su opinión, la madre necesita apoyos de mayor intensidad, en necesidad sobrevenida al otorgamiento del poder, y por tanto procede constituir una curatela.

De las circunstancias concurrentes acreditadas se deduce que el poder sí ha demostrado su suficiencia como medida de apoyo: de hecho, precisamente con ocasión de ese control judicial que se lleva a cabo al hilo de este proceso, se constata «que la necesidad de apoyos que requiere D.^a Clara está cubierta eficazmente en las relaciones con terceros por el ejercicio del poder otorgado por la madre a favor de sus hijos Mario y Tatiana, tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera personal y de salud. También ha constatado que Mario, que vive con la madre, se encarga de prepararle la medicación, de acompañarla al médico y de cui-

darla, y ha valorado que los apoyos se están prestando de manera adecuada y suficiente de conformidad con los deseos de la madre. Por ello, la sentencia recurrida concluye que no es preciso establecer ninguna medida de apoyo judicial, y tampoco ha observado que en este momento sea necesaria salvaguarda alguna, lo que no excluye que puedan ser precisas si en algún momento se aprecian concretos riesgos que justifiquen la adopción de medidas para su adecuada prevención». Afirmación rotunda, que supone un claro ejemplo de aplicación de la preferencia del nuevo sistema por las medidas voluntarias, pero que me da ocasión para poner de manifiesto cómo el haber convertido al poder preventivo en medida de apoyo hace que, sentada su compatibilidad con otro tipo de medidas de apoyo (art. 258 CC), la entrada de las judiciales esté condicionada a la insuficiencia del poder como tal medida de apoyo. Y esto lo traigo a colación por el contraste que supone con la opción de la Ley aragonesa 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas, que no considera al poder como medida de apoyo (sí al mandato de apoyo), que, en este punto, se traduce, precisamente, en una consecuencia distinta.

Cuando en el año 2003, respondiendo a un debate jurídico planteado desde hace décadas, se decidió regular, en el marco de una ley de protección patrimonial de personas con discapacidad, la figura del poder preventivo, con una intención pre –o para– tutelar, se siguió la inercia de introducir su regulación en el lugar en el que hasta ese momento se había tenido como referencia para la regulación del apoderamiento: como el poder no tenía –ni tiene– una regulación jurídica propia en el Código civil español, sino que aparece en sede de contrato de mandato, teniendo clara la diferencia conceptual entre poder y mandato, hasta ahora no ha habido demasiados problemas para entender, a efectos del poder preventivo, que donde dice mandante y mandatario, también podía haber hablarse, con las necesarias adaptaciones, de poderdante y apoderado. Pero esa opción no parece que fuera porque el legislador de 2003 estuviera pensando en introducir como figura principal el *mandato preventivo*, sino el poder. Ahora bien, hay que tener en cuenta dos cosas que desdibujan las nítidas fronteras entre una y otra figura, y más en este ámbito de medidas preventivas: el hecho de que, por una parte, para que los efectos jurídicos del mandato repercutan en la esfera del mandante, el mandatario ha de gozar de una legitimación, de forma directa o indirecta, y, por otra parte, que la legitimación que otorga el poder en el sistema español, no es abstracta, sino que siempre tiene un negocio jurídico de una forma u otra

subyacente¹⁹. Y, es más, puede decirse que en muchas ocasiones los poderes preventivos otorgados contenían un mandato tácito –eso sí, sin aceptación formal sino tácita por parte del apoderado– de realización de las actividades para las que se apoderaba.

El problema es que, así como en el mandato ordinario, el mandante ordena la celebración del negocio concreto, en un mandato preventivo dicha encomienda concreta, por definición, no puede hacerse, pues el mandante puede ser que ya no goce de la capacidad natural para expresar su voluntad y deseos, que es precisamente el motivo por el que otorgó esa medida voluntaria. Caso estándar, padre que otorga poner preventivo al hijo o hijos para que puedan vender un inmueble de propiedad de aquel, lo que implica no solo que se les otorgue su representación, sino el encargo de proceder a dicha venta cuando encuentre un comprador apropiado con las circunstancias apropiadas: la orden efectiva para ejecutarla se ha dado de forma previa e implícita, basada en la confianza. De hecho, por eso, la doctrina hablaba con naturalidad de «mandato de protección»²⁰, o «mandato de autoprotección»²¹. A veces se configuraba expresamente como tal, pues así lo posibilitaba el sistema, sin perjuicio de que el instrumento que predominaba en la práctica era el documento unilateral de apoderamiento.

Como sabemos, la utilización de esta técnica legislativa, situando la figura en esa sede, fue objeto de críticas, entre otras cuestiones, porque no se conciliaba con el carácter o finalidad de protección a la persona con discapacidad que había propiciado su introducción; de hecho, se criticaba la ausencia de regulación en lo que hace a medidas de control, así como de todo lo referente a la activación del mismo, etc.

Cuando en el año 2021 se culmina el proceso de adaptación del Código civil a la Convención de Nueva York, se opta por la vía que aparentemente parece contraria, al introducir una regulación del apoderamiento preventivo, en la que se da protagonismo a esta figura, con una regulación autónoma en sede de medidas de apoyo, y, si se hace alusión al mandato, además de en el título de la sección, es para hacerlo en relación a una situación muy concreta, como es la del mandato no representativo.

Podría pensarse que cuando en el título de la actual sección del Código civil se habla de poderes y mandatos preventivos es porque se va a seguir la misma línea de sinonimia o equivalencia

¹⁹ RIBOT IGUALADA, 2021, p. 578; cfr. además todo el completo tratamiento de esta figura en su evolución anterior y en el tratamiento dispensado por la Ley 8/2021, en pp. 577 a 646; cfr. también, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2022, pp. 122-142.

²⁰ ARROYO I AMAYUELAS, 2004, p. 16.

²¹ PARRA LUCÁN, 2006, p. 100.

anteriores, pero aquí, a la inversa: donde dice poder, puede decirse también mandato, lo que se corrobora por el hecho de que se haya reformado también el artículo 1732.5.º CC, en el que expresamente se alude al mandato preventivo, dando por supuesto, parece, que este se regula en la parte de medidas de apoyo: en cualquier caso, concibiendo decididamente tanto poder como mandato preventivo, como medidas voluntarias de apoyo. Es momento de recordar aquí que el Proyecto de Ley no contemplaba las medidas de apoyo voluntarias entre las *instituciones jurídicas de apoyo* limitándose a reconocer como tales la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Dicho precepto fue objeto de numerosas enmiendas y la redacción final del precepto en la Ley 8/2021 terminó abandonando la referencia a «institución jurídica» para recoger bajo el término «medida de apoyo» «además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial». Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, que pueden ser de futuro, y de presente, en las que es la propia persona que ya necesita los apoyos quien determina su contenido, alcance y persona que desea que se los preste. Entre ellos se cuentan los poderes preventivos, bien poderes con cláusula de subsistencia (o continuado), bien en sentido estricto o *ad cautelam*, teniendo en cuenta que el origen voluntario de la declaración de voluntad de apoderamiento salva el inconveniente que podría suponer su carácter representativo²², porque la representación es, precisamente, el resultado del respeto a la voluntad de la persona, no una imposición externa como pasaba en las antiguas tutelas. Sin embargo, su carácter unilateral puede poner en duda la eficacia de esta figura como medida de apoyo pues el poder posibilita, pero no obliga a nada al apoderado. Y esta es la razón fundamental por la cual la reforma del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)²³ ha considerado que el poder preventivo no es una medida de apoyo: se entiende, y no sin razón, que nada asegura su eficacia como tal, mientras así se mantenga y se aclara que, dado que el poder frecuentemente suele acompañar a una situación de guarda de hecho, es esta la que verdaderamente funciona como medida de apoyo.

²² Por eso es muy interesante la reflexión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025, cuando dice que «al participar los poderes preventivos de la esencia de las medidas de apoyo, las decisiones del representante no son sustitutivas (lo que no debe confundirse con representativas), debiendo ajustarse, en la medida de lo posible, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, como en cualquier otra institución; esto debe ser así aunque nada se dijera en el poder», pero considera conveniente recoger en el mismo la expresión de la voluntad del sujeto en cuanto a las determinaciones de carácter personal, patrimonial e incluso del ámbito médico sanitario.

²³ Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas.

Es esta una opción legislativa coherente con la línea que ha seguido la reforma en Aragón, que viene avalada por una sólida fundamentación²⁴. No obstante, por mi parte, entiendo que no hay ningún inconveniente en sostener que el poder es, o se convierte y funciona como medida de apoyo: si se trata de un poder preventivo puro, cuando se activa ab initio, y, en el caso del continuado, cuando se da «la concurrencia de las causas que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica» (art. 169-1 CDFA)²⁵. En el primer caso, hasta entonces, estaría inactivo, y en el segundo, hasta entonces, funcionaría como un poder ordinario: esto es, una vez concurren las circunstancias previstas, podría decirse que muta su naturaleza. Y es precisamente esa activación, o en su caso, esa mutación, la que justifica el conjunto de reglas específicas que para los mismos se introducen: no en vano dice la Exposición de motivos de la Ley 3/2024 que a los poderes preventivos sin mandato, si bien no se les atribuye la condición de medida de apoyo, «se les dota de un régimen específico, a fin de complementar el referido a los poderes ordinarios», pero es un régimen específico que coincide tanto por su ratio iuris, como incluso en la inmensa mayoría de su contenido, con las propias de las medidas de apoyo.

En efecto, en primer lugar, hay que tener en cuenta que habrán de otorgarse en escritura pública, al igual que en el mandato de apoyo: y ello, por su importancia y las consecuencias que pueden tener en un momento en el que el poderdante posiblemente no podrá actuar en defensa de sus intereses. En segundo lugar, se deben comunicar al Registro civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 CDFA, pese a no tratarse de una medida de apoyo, para que el Juez ante el que se inste la provisión de medidas judiciales de apoyo pueda conocer su existencia. Conviene recordar que, si en contra de lo que decía el artículo 284 del Reglamento de Registro civil de 1958 —«No estarán sujetos a inscripción:...3.º Los apoderamientos voluntarios»—, se reformó la norma en 2009 para permitir su acceso al Registro civil, es porque, a diferencia de los ordinarios, tienen características esenciales que repercuten directamente en la persona. Además, el Juez y el Ministerio Fiscal podrán exigir al apoderado la rendición de cuen-

²⁴ De consulta obligada para todo estudio del tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación aragonesa, BAYOD LÓPEZ *et al.*, 2024. En concreto, para los temas que aquí comentamos, el capítulo de CALATAYUD SIERRA, pp. 111-136

²⁵ Y también, desde otro prisma, es muy interesante el enfoque del *Projecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*, en avanzada fase de tramitación, cuya Exposición de Motivos que afirma «En el poder, la persona poderdant faculta l'apoderada per a gestionar els seus afers en l'àmbit que s'estableixi, i quan l'apoderada comença a exercir les facultats donades –a sabuda de l'existència del poder– queda també obligada a prestar el suport per al qual va ser atorgat». Disponible, a fecha de 15 de mayo de 2025, en <https://www.parlament.cat/document/bopc/423179943.pdf#page=12>.

tas de su actuación. Se sobreentiende que para ello será necesario que el poderdante ya se encuentre en situación de no poder ejercitar por sí su capacidad jurídica (medidas establecidas en el artículo 105), porque el riesgo de estos poderes, una vez que el poderdante haya perdido la posibilidad de revocarlo, es similar al que existe en los mandatos de apoyo. Y si el poder no se extingue al establecerse la medida de apoyo judicial, «el apoderado deberá rendir cuentas de su actuación al curador» (art. 169-8.2 in fine CDFA).

De todas formas –y esto está directamente relacionado con la sentencia que aquí se comenta– la diferencia fundamental en las consecuencias que derivan de su consideración o no como medidas de apoyo, radica en el margen del que dispone la autoridad judicial, en resolución motivada, para declarar extinguido el poder en todo o en parte, al constituir la curatela, como posteriormente, en su caso, a instancia del curador. En opinión de los redactores de la norma, si hay mandato de apoyo, teniendo en cuenta que sí que es una verdadera medida de apoyo y, además, preferente a todas las demás, «únicamente podrá adoptarse una medida judicial de apoyo complementaria o supletoria cuando el Juez considere, por resolución motivada, que el mandato resulta insuficiente, inadecuado o no se está ejecutando eficazmente» (art. 169-7 CDFA)²⁶. Si se trata de un poder sin mandato, su mantenimiento queda a criterio del Juez, que puede decidir mantenerlo, sobre la base del respeto de la voluntad de la persona que lo concedió, o considerar que con el curador es suficiente y que la coexistencia del apoderado con el curador puede ser problemática, y así, hay una norma específica para la extinción del poder, como se pone de manifiesto en el artículo 169-8.2.d) CDFA: «El Juez, en resolución motivada, los podrá declarar extinguidos en todo o en parte, tanto al constituir la curatela, como posteriormente a instancia del curador».

Aquí observamos una notable diferencia con el sistema del Código civil, que teniendo a la vista el criterio de respeto de la voluntad de la persona, imperado por la Convención de Nueva York, dispone que si se trata de una medida adoptada precisamente para situación de discapacidad, desconocerla carecería de justificación, y no sería sino una aplicación directa del interés superior de la persona con discapacidad, al que no se debe recurrir, según la interpretación dada por parte de la Observación núm. 1.º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Y, de hecho, el artículo 258. I CC dice que «mantendrán la vigencia»

²⁶ Y se extinguirá, «Por decisión judicial, a instancia del mandante o de cualquier otra persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, cuando la ejecución del mandato ponga en peligro los intereses del mandante. El Juez que ponga fin al mandato deberá sustituirlo por una medida judicial de apoyo» (art. 169-6.6.º CDFA).

pese a la constitución de otras medidas de apoyo, de modo que no solo no se extinguen al nombrar curador, aunque la autoridad judicial estime que acaso sería más conveniente que otra persona se ocupara de los asuntos del poderdante²⁷, sino que solo si el apoderado incurre en alguna causa de remoción del curador cabe instar la extinción judicial del poder preventivo (art. 258. IV CC). Cosa distinta es que el diseño del poder adolezca de una serie de lagunas que hagan necesaria, con base en el principio de subsidiariedad, la adopción de medidas judiciales, pero si el poder está diseñado correctamente, a salvo de motivos graves, no habría razón para justificar su desconocimiento por parte de la autoridad judicial. Y por supuesto, un apoderado que no actúa –cosa que puede hacer lícitamente–, puede simplemente provocar una situación de insuficiencia de medidas de apoyo que determine el nombramiento de un curador.

No obstante, tal diferencia sí que encaja en el sistema de la Ley aragonesa, que ha adoptado una combinación entre el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (art. 37.1 CDFA), y la necesidad de atender a los casos en los que tales voluntad y preferencias puedan «suponer un peligro significativo para su bienestar o el de las personas a su cargo o graves perjuicios a terceros», en cuyo caso «se actuará en función de lo que objetivamente sea mejor para la dignidad, los derechos e intereses de la persona afectada» (art. 37.2 CDFA). Luego si el juez considera con base en ese criterio objetivo, que, pese a su origen voluntario, la utilización del poder puede perjudicar los intereses de la persona afectada, puede desconocerlo.

Una segunda diferencia vendría dada porque, si no se tratara de una medida de apoyo y no hubiera diferencia entre el poder con cláusula de subsistencia y un simple poder ordinario, no haría falta ni siquiera acreditar la concurrencia de la necesidad de apoyo. Y no en vano esto es lo que considera el notario Calatayud Sierra, miembro de la Comisión Legislativa: que el apoderado no debe declarar nada más que el poder se encuentra vigente, como se hace habitualmente. «Únicamente, si el poderdante ha establecido requisitos especiales de actuación a partir del momento en que esté en situación de discapacidad, será preciso declarar que no se ha llegado a esa situación para que esos requisitos no sean de aplicación. Fuera de ese caso, no se entiende el interés del tercero que contrata con un apoderado ... en

²⁷ Compárese en este punto con el artículo 267.4.º CC en relación con la extinción de la guarda de hecho; 4.º *Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente*. En cualquier caso, esa opción por el mantenimiento de su vigencia, contrasta con la suspicacia con al que eran vistos hasta ahora por parte de los tribunales, que procedían a extinguirlos sistemáticamente cuando dictaban sentencias de incapacitación, como recuerda DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2025.

conocer si (el poderdante) ya está en esa situación (de necesitar apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica), que es un dato íntimo y que forma parte de la información especialmente protegida de la persona»²⁸. Entendiendo el razonamiento y su fundamentación, sigue planteándose cierta duda, porque en el momento en el que se da la situación de necesidad de apoyo, el poder cambia de naturaleza y se aplican toda una serie de normas que acabamos de ver: por eso es necesario que se conozca que se ha dado esa circunstancia, en especial, para todo lo que hace referencia a la necesidad y posibilidad de control por parte del ministerio fiscal. De hecho, esto es claro en el marco del Código civil, sobre todo porque, en el caso de los poderes con cláusula de subsistencia, en los que en principio tal determinación no sería imprescindible, hay un caso en que —como digo, en el Código civil— sí lo es: cuando son generales y no se ha excluido la aplicación de las reglas de la curatela (art. 259 CC), pues, dejando aparte la situación específica de los poderes sometidos al régimen transitorio, al que antes me he referido, el tercero tendrá interés en conocer este punto, en especial para saber, entre otras cosas, si el apoderado necesitaría autorización judicial para vender un inmueble, para aceptar sin beneficio de inventario la herencia según el artículo 287.5.º CC, o para conforme al artículo 289 CC, la partición de herencia, una vez practicada, obtener aprobación judicial.

Una tercera diferencia, que sería más bien una consecuencia, es la que se pone de manifiesto a la hora de determinar la ley aplicable: si no se consideran medidas de apoyo, será la correspondiente a la vecindad civil en los términos del artículo 9.1 del Código civil, pero si se considera medidas de apoyo sería la residencia habitual, tal y como se deriva del artículo 9.6 CC: «La ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes». Esto tendría consecuencias, por ejemplo, en el caso de una señora de vecindad civil aragonesa, residente con carácter estable en la Costa del Sol, que, si ha otorgado el mandato preventivo, como se considera medida de apoyo y se aplica la ley de la residencia habitual, no podrá recurrirse a la Junta de parientes para la aprobación de determinados actos, pero si otorgó el poder preventivo, se le aplicará la legislación aragonesa a todos los efectos.

Una cuarta diferencia se plantearía a la hora de aplicar o no la prohibición del artículo 250 CC, relativa a que las medidas de

²⁸ CALATAYUD SIERRA, pp. 133 y 134.

apoyo no pueden consistir en una relación contractual, para obtener «servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga», pues en este caso, a sus prestadores les está vetado ejercer ninguna de las medidas de apoyo: si el poder no es tal, no debería haber problema en otorgar uno en favor de quien prestara esos servicios. Pero esto no deja de ser teórico, puesto que Aragón no ha asumido –por respeto a la autonomía de la voluntad– esta prohibición, por lo que no hay problema de incompatibilidad²⁹.

Al hilo de esta sentencia, hemos visto dos caminos a seguir por el legislador en la consideración del poder preventivo, lo que pone de manifiesto que en estas figuras de poder y de mandato, los esquemas conceptuales necesariamente han de ser flexibles para adaptarse a una realidad que, en términos generales, ha venido funcionando satisfactoriamente: se trata de, desde esa óptica, adoptar medidas prácticas, que tengan en cuenta que, de forma directa o indirecta, acaban siendo medidas de apoyo de personas con discapacidad, con todas las garantías que sean precisas.

Flexibilidad que se reafirma con ocasión de la compatibilidad del poder con otras medidas de apoyo proclamada en el artículo 258 CC, que, además de manifestarse en la práctica en el frecuente escenario de que recaigan en la misma persona la condición de apoderado preventivo y la de guardador de hecho, determina que, si el poder no cubre todas las necesidades de apoyo, la autoridad judicial pueda nombrar un curador u otro tipo de medidas complementarias, para complementar este poder, pero respetándolo. Otra cuestión será la operatividad práctica de esta convivencia entre medidas de apoyo.

La compatibilidad entre medidas también puede iluminar, aunque sea indirectamente, la clásica cuestión acerca de la posibilidad de actuación simultánea de poderdante y apoderado, que se da, con carácter general, en todos los supuestos de apoderamiento: de entrada, se considera que la ejecución del negocio por el propio mandante que conlleve objetivamente la exclusión de la posibilidad de actuación de ambos en el mismo (por ejemplo, STS de 25 de febrero de 1992, RJ 1992/1551), supone la revocación tácita del mandato –al menos para esa cuestión concreta–, derivada de hechos concluyentes del mandante. Esta doctrina se aplica sin problema al poder con cláusula de subsistencia, mientras no se dé la citada

²⁹ Por lo demás, por el contexto y orígenes de esta prohibición –evitar conflictos de intereses con quien podría actuar como juez y parte– parece que ha de entenderse referido a cuidadores personales o residencias, no a otros servicios de asesoramiento, como el financiero o legal, que podrían entrar en la categoría de un arrendamiento de servicios (incluida la defensa en juicio), que, en sentido muy amplio, no deja de cumplir esa función de apoyo como también sucede con el contrato de alimentos.

situación de «precisar apoyo», pero cuando esta situación se da y se activa el poder como tal medida de apoyo –o en el caso de un poder preventivo en sentido estricto– aparentemente, podría pensarse que el poderdante pierde esta posibilidad: no es así, y, en este punto, el juego de presunciones de la citada Ley aragonesa 3/2024 contiene normas útiles para clarificar esta cuestión.

Así, mientras el artículo 40.3 CDFA presume la aptitud para realizar un acto concreto siempre que para dicho acto la persona no esté sujeta a medidas de apoyo asistenciales o representativas, judiciales o voluntarias ya eficaces, en contraste, cuando la persona con discapacidad está sujeta a ellas, no se presume, sino que se declara la invalidez («Será inválido» «Será anulable»): pese a ello, cabría plantearse si, en el caso de que una persona con discapacidad, sujeta a medidas de apoyo, tuviera aptitud suficiente para llevar a cabo el acto o contrato sin el apoyo, su acto podría considerarse válido. Pues bien, si partimos de que, salvo casos en los que la norma específicamente establezca sanción de nulidad (art. 45.3 CDFA), el régimen es el de la anulabilidad, habría, a la vista de la legitimación prevista dos posibilidades: si la persona con discapacidad (o sus herederos) entiende que tenía esta aptitud, basta con que no ejercite la acción de anulabilidad y el contrato quedaría sanado, transcurrido el plazo previsto en el artículo 45-4.1 CDFA, lo cual, de entrada, no supone más complicación. La segunda posibilidad es la problemática: cuando sea el curador o mandatario de apoyo quien ejercite la acción –los cuales, en el CDFA tienen una legitimación que no depende de obtención de ventaja injusta ni otras circunstancias, sino solo por el hecho de no haber intervenido– cabría pensar en una hipotética admisión de prueba en contrario en el proceso, cuya carga recaería en la persona con discapacidad. Posibilidad que se sustentaría en la interpretación material o subjetiva sostenida por algunos autores respecto al sistema del Código civil, pero que plantea problemas prácticos y teóricos que aquí no procede analizar en profundidad, pese a su enorme interés³⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Del mandato ordinario al mandato de protección», *Revista Jurídica del Notariado*, 2004, pp. 9-62.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Mandatos de apoyo y poderes preventivos sin mandato», en *Reforma del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de discapacidad (Ley 3/2024, de 13 de junio) comentada por los miembros*

³⁰ TENA ARREGUI, Rodrigo, 2022.

- de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (coord. por C. Bayod López), Madrid, 2024, pp. 111-137.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Las medidas voluntarias de apoyo», en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2022, pp. 107-140.
- «Los poderes preventivos y su correcto entendimiento. Comentario a la STS 1449/2024 de 4 de noviembre (JUR 2024, 420540)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 127, 2025, versión online.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas en el caso de poderes preventivos. Comentario a la RDGSJFP de 4 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 365690)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 121, 2023, versión online.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: «Inscripción, publicidad y calificación registral de las medidas de apoyo a personas con discapacidad. Preguntas y respuestas», <https://regispro.es/j-delgado-inscripcion-publicidad-y-calificacion-registral-de-las-medidas-de-apoyo-a-personas-con-discapacidad-pregunta-y-respuestas>, 2024, versión online.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 300», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Cizur Menor, 2021, pp. 869-874.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Capacidad para testar de persona sometida a curatela: contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código Civil. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), vol. 10, 2019.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Reflexiones sobre la reforma de la discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 61, 2022, pp. 237-349.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2006, pp. 77-116.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Comentario a los artículos 256 a 262», en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. por C. Guilarte Martín-Calero), Cizur Menor, 2021, pp. 578-646.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, 2000.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 101, 2022, pp 40-47.

JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989/1214). Ponente: Antonio Carretero Pérez.
- STS de 12 de junio de 1989 (RJ 1989/4420). Ponente: Juan Latour Brotons.

- STS de 20 de marzo de 1991 (RJ 1991/2266). Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes.
- STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1551). Ponente: Jaime Santos Briz.
- STS de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023/356). Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.
- STC 148/2023, de 6 de noviembre, BOE núm. 301, de 18 de diciembre de 2023. Ponente: Inmaculada Montalbán Huertas.
- STS de 24 de septiembre de 2024 (JUR 2024/371236). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
- STC 106/2024, de 9 de septiembre, BOE núm. 247, de 12 de octubre de 2024. Ponente: Juan Carlos Campo Moreno.